

Заказчик –

Северная дирекция снабжения
Центральной дирекции закупок и
снабжения-филиала Открытого
акционерного общества «Российские
железные дороги»

" ... "

Заявитель –

Общество с ограниченной
ответственностью Научно-
производственное предприятие
«ТрансЭнергоСтрой»

" ... "

Электронная торговая площадка –

ООО «РТС-ТЕНДЕР»

" ... "

**Решение по результатам рассмотрения жалобы
на нарушение порядка проведения закупки**

№ 076/10/18.1-1073/2022

Резолютивная часть решения оглашена 15.11.2022
Ярославль

г.

Решение изготовлено в полном объеме 18.11.2022

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по
Ярославской области по рассмотрению жалоб на нарушения при
организации и проведении торгов, а также порядка заключения договоров
(далее – Комиссия) в составе:

Председатель Комиссии – заместитель руководителя – начальник отдела

контроля закупок управления Потемкина Т.В., члены Комиссии – ведущий эксперт отдела контроля органов власти и рекламы Зинохина А.С., специалист-эксперт отдела контроля органов власти и рекламы Иванова Е.И.,

с участием:

от Северной дирекции снабжения Центральной дирекции закупок и снабжения-филиала ОАО «РЖД» - Ермолина А. С. (по доверенности),

от ООО НПП «ТрансЭнергоСтрой» - Шафиева И.И. (по доверенности),

рассмотрев жалобу ООО «ТрансЭнергоСтрой» (далее - заявитель) **(вх. 13116-ИП/22 от 03.11.2022)** на действия (бездействие) заказчика — Северная дирекция снабжения Центральной дирекции закупок и снабжения-филиала Открытого акционерного общества «Российские железные дороги» (далее – заказчик) в порядке, предусмотренном статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции),

УСТАНОВИЛА:

в Ярославское УФАС России поступила жалоба ООО НПП «ТрансЭнергоСтрой» **(вх. 13116-ИП/22 от 03.11.2022)** на действия (бездействие) заказчика — Северная дирекция снабжения Центральной дирекции закупок и снабжения-филиала Открытого акционерного общества «Российские железные дороги» (извещение № 3098/ЗКТЭ-ЦДЗС/22).

Обжалуемые действия (бездействие): установление в договоре поставки заведомо невыгодных для исполнителя условий.

На заседании Комиссии заказчик представил документы, запрошенные уведомлением от 09.11.2022 № 9792/22, с доводами, указанными в жалобе, не согласился.

Принимая решение, Комиссия исходит из следующего.

Частью 1 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции установлено, что по правилам указанной статьи антимонопольный орган рассматривает жалобы на действия (бездействие) юридического лица, организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии при организации и проведении торгов, заключении договоров по результатам торгов или в случае, если торги, проведение которых является обязательным в соответствии с законодательством Российской Федерации, признаны несостоявшимися, а также при организации и проведении закупок в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон о закупках), за исключением жалоб, рассмотрение которых предусмотрено законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере

закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

На сайте РТС-Тендер и на сайте <https://company.rzd.ru> (Раздел «Закупки и торги»), а также на сайте www.rts-tender.ru было опубликовано Извещение о закупке № № 3098/ЗКТЭ-ЦДЗС/22 – запрос котировок, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, на право заключения договора поставки аккумуляторов (далее - Договор). Срок окончания приёма заявок 03 ноября 2022 года.

В разделе «Документация» (Приложение №1.2 к Документации) был опубликован проект договора Поставки.

Согласно п. 1.3. (абзац второй) Договора поставки, Товар поставляется партиями в соответствии с разнарядками Покупателя, которые направляются Поставщику способом и в сроки, установленные Договором поставки.

Согласно п.п. 3.1.6 проекта Договора поставки, Поставщик обязан поставлять Товар в соответствии с разнарядкой.

В силу п.п. 3.2.1 проекта Договора поставки, Покупатель обязан не позднее чем за 10 календарных дней до начала поставки Товара направить Поставщику разнарядки. Разнарядка направляется по факсимильной связи, по адресу электронной почты или телеграфом по адресам, указанным в разделе 20 Договора поставки или выдаются непосредственно уполномоченному представителю Поставщика под роспись.

Таким образом, несмотря на наличие в проекте Договора поставки спецификации и графика поставок, поставка Товара осуществляется только при получении от Покупателя разнарядки, поскольку в ней указываются сведения о порядке поставки Товара: наименование и адрес получателя Товара, способ поставки: путём сдачи перевозчику, доставка Поставщиком Товара до склада его получателя, выборка Товара получателем со склада Поставщика, отгрузка Товара Поставщиком железнодорожным транспортом в вагонах, предоставляемых Покупателем (п.п. 1.8.4 проекта Договора поставки).

Вместе с тем, согласно пункту 4 Технического задания, поставка осуществляется в соответствии с разнарядками Покупателя на отгрузку товаров в срок не более 25 календарных дней с даты выдачи разнарядки заказчиком.

Заявитель полагает, что данное противоречие в указании заказчиком срока поставки Товара является недопустимым и нарушает законодательство о закупках (далее – первый довод жалобы).

Кроме того, заявитель полагает, что согласно письму АО «Тюменский

аккумуляторный завод» срок изготовления комплекта «Батарея аккумуляторная для пассажирских вагонов» - не менее 90 календарных дней с даты размещения заказа. Согласно письму ООО «Мега-С», срок изготовления «Батарея аккумуляторная для пассажирских вагонов» - 60 календарных дней. Таким образом, ни 10, ни 25 календарных дней не являются исполнимыми по данному Договору поставки (далее – второй довод жалобы).

В пункте 9 проекта Договора поставки оговорена ответственность сторон.

Заявитель пояснил, что в п. 10.1 проекта Договора поставки за просрочку поставки товара/недопоставку товара Покупатель вправе требовать от Поставщика уплаты неустойки в размере 0,1% от цены настоящего Договора/цены товара, поставленного с просрочкой, либо цены непоставленного Товара за каждый день просрочки.

Также за недопоставку товара Покупатель вправе требовать уплаты штрафа в размере 10% от цены настоящего Договора/непоставленного Товара.

В п. 10.2 проекта Договора поставки предлагается за нарушение установленных сроков оплаты поставленного и принятого Покупателем товара более чем на 15 календарных дней предусмотреть право Поставщика потребовать от Покупателя уплаты неустойки в размере 0,1% от неуплаченной денежной суммы. При этом, в силу п. 2.4 проекта Договора поставки, расчёты с Поставщиком осуществляются не позднее 7 рабочих дней после подписания Покупателем документа о приёмке поставленного товара.

Таким образом, заявитель полагает, что изложенные в проекте Договора поставки условия, в частности:

-п. 10.1, в части установления штрафных санкций Поставщика и в части установления дополнительной штрафной неустойки Поставщику в размере 10% от стоимости товара;

-п. 10.2, в части предоставления Поставщику права взыскания с Покупателя неустойки только после просрочки оплаты за поставленный товар на срок более 15 дней являются несоразмерными, представляют собой злоупотребление свободой договора путём навязывания контрагенту условий договора, не выгодных для него (далее-третий довод жалобы).

Заявитель в жалобе также указывает на то, что пунктом 15.3 проекта Договора поставки предусмотрено право Покупателя отказаться от исполнения Договора поставки в случае **существенного нарушения договора поставщиком**. При этом право Поставщика на отказ от исполнения Договора поставки его условиями не предусмотрено (далее - четвертый довод жалобы).

Заказчик с доводами жалобы не согласен, на заседании Комиссии пояснил, что в пункте 4 Технического задания указано: «С момента заключения договора – по 15 декабря 2023 г. поставка осуществляется в соответствии с разнарядками Покупателя на отгрузку товаров в срок не более 25 календарных дней с даты выдачи разнарядки заказчиком.

Согласно п.п. 1 п. 33 Положения о закупке целью осуществления закупки является в том числе: создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей заказчика в товарах, работах, услугах, в том числе для целей коммерческого использования, с необходимыми показателями цены, качества, надежности.

Требование технического задания сформировано с учетом необходимого конечного результата – своевременно и в полном объеме обеспечения Заказчика аккумуляторами для обеспечения непрерывного производственного процесса деятельности компании как национального перевозчика в сфере железнодорожного транспорта.

Указанный в Техническом задании срок, применительно к статье 508 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), является периодом поставки Товара, который ограничен 25-ю календарными днями с даты выдачи разнарядки, при этом этот срок может быть и меньшим.

В п. 3.2.1 проекта Договора указано Обязательство Покупателя: «Не позднее чем за 10 календарных дней до начала поставки Товара направлять Поставщику разнарядки. Разнарядки направляются по факсимильной связи, по адресу электронной почты или телеграфом по адресам, указанным в разделе 20 Договора, или выдаются непосредственно уполномоченному представителю Поставщика под роспись».

В соответствии с частью 1 статьи 457 ГК РФ срок исполнения продавцом обязанности передать Товар покупателю определяется договором купли-продажи, а если договор не позволяет определить этот срок, в соответствии с правилами, предусмотренными статьей 314 ГК РФ.

Согласно пункту 1 статьи 314 ГК РФ если обязательство предусматривает или позволяет определить день его исполнения либо период, в течение которого оно должно быть исполнено, обязательство подлежит исполнению в этот день или соответственно в любой момент в пределах такого периода.

В данном случае документация и проект Договора позволяют определить период исполнения обязательства по поставке Товара.

Исходя из пункта 2 статьи 314 ГК РФ, в случаях, когда обязательство не предусматривает срок его исполнения и не содержит условия, позволяющие определить этот срок, а равно и в случаях, когда срок исполнения обязательства определен моментом востребования, обязательство должно быть исполнено в течение семи дней со дня предъявления кредитором

требования о его исполнении.

Таким образом, Поставщику предоставлено большее время для поставки Товара, чем это указано в пункте 2 статьи 314 ГК РФ – если бы этот срок не был установлен. Кроме того, обязательство Покупателя по срокам направления разнарядок не означает, что разнарядка будет направлена именно за 10 дней до начала поставки. Это также не означает, что установленные в документации сроки поставки не будут учтены при направлении разнарядок.

В части довода о неисполнимых сроках поставки заказчик поясняет, что в Техническом задании в соответствии с пунктом 1 части 6.1 статьи 3 Закона о закупках, указаны характеристики товара, являющегося предметом закупки. Требования или указания в отношении товарных знаков, знаков обслуживания, фирменных наименований, патентов, полезных моделей, промышленных образцов, требования к товарам, информации, работам, услугам, влекущие за собой необоснованное ограничение количества участников закупки, не установлены. Соответственно, Заказчиком не установлено ограничение, связанное с производством Товара именно у указанных заявителем жалобы производителей.

Кроме того, требование Технического задания о необходимости, в принципе, быть производителем закупаемого Товара не установлено.

Таким образом, участник закупки не ограничен в праве, в том числе закупить товар или иметь в наличии. Все участники закупки поставлены в указанные рамки в равной степени, при этом только заявителем жалобы указано на невозможность своевременно поставить Товар.

Минимизация срока поставки – это вовсе не ограничение конкуренции, а выявление лучших условий для Заказчика.

Относительно третьего довода жалобы заказчик отметил, что в соответствии с частью 6 статьи 3 Федерального закона "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц" от 18.07.2011 N 223-ФЗ (далее – Закон о закупках, Закон № 223-ФЗ) заказчику представлено право самостоятельно определять требования к участникам закупки в документации о конкурентной закупке в соответствии с положением о закупке с условием применения этих требований в равной степени ко всем участникам закупки, к предлагаемым ими товарам, работам, услугам, к условиям исполнения Договора.

Частью 10 статьи 4 Закона о закупках перечислены требования к содержанию документации о конкурентной закупке. Требования, касающиеся оспариваемых пунктов Договора, в указанной части Закона не содержатся.

Наличие условий договора в части меры ответственности не свидетельствует

о нарушении прав участников. Участник самостоятельно принимает решение участвовать в закупочных процедурах в соответствии с требованиями Закона о закупках на условиях, предложенных заказчиком, а потому, ознакомившись с документацией и проектом Договора, он должен осознавать все последствия его неисполнения.

В соответствии с частью 3 статьи 448 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) условия договора, заключаемого по результатам торгов, определяются организатором торгов и должны быть указаны в извещении о проведении торгов.

Таким образом, исходя из имиджевых и репутационных рисков, способных оказать существенное влияние на основную деятельность компании как национального перевозчика в сфере железнодорожного транспорта, с целью дисциплинирования Поставщика на своевременность исполнения обязательств по поставке товара, в проект договора внесены соответствующие требования.

Относительно четвертого довода жалобы заказчик полагает, что включенные в проект договора указания на право заказчика на односторонний отказ от исполнения договора не исключает аналогичного права поставщика, которое возможно в силу прямого указания закона.

Комиссия Ярославского УФАС России установила, что согласно пункту 357 Положения ОАО «РЖД» от 12.07.2018 N 1481/р «О порядке закупки товаров, работ, услуг для нужд ОАО «РЖД» (далее – Положение) в извещении о проведении запроса котировок заказчик указывает информацию, предусмотренную 27 разделом настоящего Положения, а также: проект договора, заключаемого по результатам закупки, являющийся неотъемлемой частью извещения о проведении запроса котировок.

Согласно пункту 361 этого же Положения требования технического задания, требования к товарам, работам, услугам могут быть изложены в проекте договора, являющегося приложением к извещению о проведении запроса котировок. Участник в составе заявки предоставляет проект договора, оформленный в соответствии с требованиями, изложенными в извещении о проведении запроса котировок, в котором должен указать характеристики предлагаемых товаров, работ, услуг, цену, порядок расчетов и иные условия согласно требованиям технического задания, требованиям к товарам, работам, услугам, изложенным в проекте договора и/или извещении о проведении запроса котировок.

Комиссия Ярославского УФАС признает первый довод жалобы в части противоречия сроков поставки, указанных в п. 3.2.1 проекта Договора поставки и п.4 Технического задания извещения о закупках, обоснованным, поскольку проект Договора является неотъемлемой частью извещения и его положения не должны противоречить иным положениям извещения, это является нарушением принципа информационной открытости,

предусмотренного пунктом 1 части 1 статьи 3 Закона о закупках, и не позволяет участникам закупки однозначным образом трактовать условия закупки. Предписание об устранении допущенных нарушений решено не выдавать в связи с тем, что нарушение не повлияло на результат закупки.

Относительно второго довода жалобы в части неисполнимости установленных сроков поставки, Комиссия Ярославского УФАС установила, что требования к предлагаемому к поставке товару сформированы заказчиком исходя из его потребности, что не может само по себе рассматриваться как ограничение количества потенциальных участников данной закупки, при этом доказательства объективного отсутствия у заказчика необходимости в получении продукции с теми качественными, функциональными и техническими характеристиками, которые указаны в аукционной документации, не представлены.

Кроме того, предметом аукциона является поставка, а не изготовление товара, в связи с чем отсутствие у общества товара, запрашиваемого заказчиком, не свидетельствует о невозможности его приобретения заявителем в целях участия в закупке.

Таким образом, второй довод жалобы в части неисполнимости установленных сроков поставки является необоснованным.

Также Комиссия Ярославского УФАС установила, что согласно положениям статей 12 и 421 ГК РФ, стороны свободны в установлении в Договоре своих прав и обязанностей, в том числе и размера ответственности.

При этом принцип равноправия в силу пункта 2 части 1 статьи 3 Закона N 223-ФЗ предполагает недопустимость предъявления различных требований к участникам закупки, находящимся в одинаковом положении, в отсутствие к тому причин объективного и разумного характера.

Критикуемые же заявителем условия договора являются равными для всех потенциальных победителей закупки. Размер ответственности ограничен, с учетом серьезности объекта и безопасности работ дополнительно направлен на удержание подрядчика от некачественного исполнения обязательств. При этом суждения ООО НПП «ТрансЭнергоСтрой» фактически направлены на защиту будущих интересов неисправного исполнителя.

Принцип равноправия в силу пункта 2 части 1 статьи 3 Закона N 223-ФЗ предполагает недопустимость предъявления различных требований к участникам закупки, находящимся в одинаковом положении, в отсутствие к тому причин объективного и разумного характера. Интересы заказчика и подрядчика, по сути, имеют встречную направленность, в связи с этим неверно вести речь о соблюдении конкуренции между ними в смысле, определенном законодательством о конкуренции.

Согласно правовой позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в постановлении от 28.12.2010 N 11017 по делу N А06-6611/2009, основной задачей законодательства, устанавливающего порядок проведения торгов, является не столько обеспечение максимально широкого круга участников аукциона, сколько выявление в результате торгов лица, исполнение договора которым в наибольшей степени будет отвечать потребностям заказчика и целям эффективного использования денежных средств в условиях добросовестной конкуренции.

При этом в соответствии с правовой позицией Президиума Верховного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 6 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Закона о закупках, утвержденного 16.05.2018 (далее - Обзор судебной практики от 16.05.2018), сама по себе невозможность участия в закупке отдельных хозяйствующих субъектов, не отвечающих предъявленным заказчиком требованиям, не означает, что действия заказчика повлекли необоснованное ограничение конкуренции.

Установленный в Законе N 223-ФЗ принцип равноправия, справедливости, отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки согласуются с тем, что предпринимательская деятельность в силу положений статьи 2 ГК РФ является самостоятельной, осуществляемой на свой риск деятельностью, направленной на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товара, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке.

Участники закупки, принимая решение об участии в закупке, самостоятельно формируют предложения по оцениваемым условиям закупки, исходя из своих возможностей и с учетом имеющего у них интереса. При этом, участвуя в закупке, победитель должен быть готов к заключению Договора на условиях, которые предусмотрены проектом договора.

Также в соответствии с пунктом 17 Обзора судебной практики от 16.05.2018 жалобы участников закупки на действия (бездействие) заказчика подлежат рассмотрению в процедуре, предусмотренной статьей 18.1 Закона о защите конкуренции, по основаниям, которые установлены частью 10 статьи 3 Закона N 223-ФЗ.

При этом согласно части 10 статьи 3 Закона о закупках обжалование осуществляется в следующих случаях:

1) осуществление заказчиком закупки **с нарушением требований настоящего Федерального закона** и (или) порядка подготовки и (или) осуществления закупки, содержащегося в утвержденном и размещенном в единой информационной системе положении о закупке такого заказчика;

2.1) нарушение оператором электронной площадки при осуществлении

закупки товаров, работ, услуг требований, установленных настоящим Федеральным законом;

3) неразмещение в единой информационной системе положения о закупке, изменений, внесенных в указанное положение, информации о закупке, информации и документов о договорах, заключенных заказчиками по результатам закупки, а также иной информации, подлежащей в соответствии с настоящим Федеральным законом размещению в единой информационной системе, или нарушение сроков такого размещения;

4) предъявление к участникам закупки требований, не предусмотренных документацией о конкурентной закупке;

5) осуществление заказчиками закупки товаров, работ, услуг в отсутствие утвержденного и размещенного в единой информационной системе положения о закупке и без применения положений Федерального закона от 05 апреля 2013 года N 44-ФЗ "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд", предусмотренных частью 8.1 настоящей статьи, частью 5 статьи 8 настоящего Федерального закона, включая нарушение порядка применения указанных положений;

6) неразмещение в единой информационной системе информации или размещение недостоверной информации о годовом объеме закупки, которую заказчики обязаны осуществить у субъектов малого и среднего предпринимательства.

В указанной норме перечислены основания обжалования действий заказчика в административном порядке, которые соотносятся с принципом прозрачности информации о закупках. **Иные действия заказчиков подлежат обжалованию в судебном порядке, о чем указано в части 9 статьи 3 Закона о закупках.**

Таким образом, Комиссия полагает несостоятельным третий довод жалобы.

Относительно четвертого довода жалобы Комиссия Ярославского УФАС России соглашается с позицией заказчика о том, что условие об одностороннем отказе от Договора соответствует пункту 2 статьи 310 ГК РФ, не противоречит принципам свободы Договора, не ущемляет и не ограничивает права других лиц, так как они вправе применять иные требования законодательства Российской Федерации, которыми предусмотрен односторонний отказ поставщика от исполнения контракта. Проект Договора не содержит запрета на односторонний отказ поставщика в случаях, предусмотренных гражданским законодательством.

На основании вышеизложенного и в соответствии с частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу ООО НПП «ТрансЭнергоСтрой» (**вх. 13116-ИП/22 от 03.11.2022**) на действия (бездействие) заказчика — Северная дирекция снабжения Центральной дирекции закупок и снабжения-филиала Открытого акционерного общества «Российские железные дороги» (извещение № 4325/ОАЭ-ЦДЗС/22) обоснованной.
2. Признать заказчика нарушившим пункт 1 части 1 статьи 3 Закона о закупках.
3. Предписание Северной дирекции снабжения Центральной дирекции закупок и снабжения-филиала Открытого акционерного общества «Российские железные дороги» не выдавать.

Решение может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня его принятия.

Председатель
Комиссии

Т.В. Потемкина

Члены Комиссии

А.С. Зиныхина

Е.И. Иванова